

Emilia Wieczorek*

TRANSGRANICZNA FUZJA SPÓŁEK W ASPEKCIE KOLIZYJNOPRAWNYM

W ciągu ostatnich dziesięcioleci doszło do prawdziwej eksplozji różnego rodzaju operacji spółek w międzynarodowym obrocie gospodarczym, co wiąże się z faktem, że zniknęły bariery pomiędzy rynkami, zwłaszcza na forum Unii Europejskiej, a wymiana handlowa osiągnęła zasięg ogólnoświatowy. Przejmowanie kontroli, zbliżanie się spółek lub tworzenie grup spółek usytuowanych w różnych państwach członkowskich jest coraz częstsze¹. W niniejszym opracowaniu przedstawione zostaną zatem niektóre problemy z zakresu fuzji transgranicznej, zwłaszcza w aspekcie kolizyjnoprawnym.

W międzynarodowym prawie spółek², podobnie jak w krajowym prawie spółek³ pojęcie połączenia oraz fuzji traktowane są jako synonimy. Pod pojęciem

* Dr Emilia Wieczorek – adiunkt w Katedrze Prawa Handlowego i Międzynarodowego Prawa Prywatnego Uniwersytetu Gdańskiego.

¹ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien 2001, s. 201.

² A. Engert, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, H. Eidenmüller [red.], München 2004, nb. 55; zob. także G. Grasmann, *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, Herne-Berlin 1970, nb. 540, s. 303; H. G. Koppensteiner, *Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht*, Frankfurt 1971, s. 255; H. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht. Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrecht*, t. I-Grundlagen, München 1980, s. 872; B. Grossfeld [w:] J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR, Internationales Gesellschaftsrecht*, J. Kropholler [red.], Berlin 1998, nb. 681 i n..

³ K-P. Martens, *Kontinuität und Diskontinuität im Verschmelzungsrecht der Aktiengesellschaft*, AG 1986, s. 57; M. Fernholz, *Die Fusion von Aktiengesellschaften und der Schutz von Aktionären und Dritten bei der Fusion in den Rechten der Mitgliedstaaten der Europäischen*

fuzji rozumie się zatem różnego rodzaju połączenia czy zjednoczenia, w szczególności zaś chodzi o połączenie majątków co najmniej dwóch spółek kapitałowych w ten sposób, że przynajmniej jedna z nich traci swoją egzystencję prawną bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego, a wspólnicy spółki przejmowanej otrzymują rekompensatę w postaci udziałów lub akcji w spółce przejmującej lub nowozawiażanej, bowiem z punktu widzenia prawa spółek w grę może wchodzić łączenie przez przejęcie lub zawiązanie nowej spółki.

W świetle art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h.⁴ łączenie przez przejęcie następuje wskutek przeniesienia całego majątku spółki przejmowanej na inną spółkę przejmującą za udziały lub akcje, które spółka przejmująca wydaje wspólnikom spółki przejmowanej. Natomiast łączenie przez zawiązanie nowej spółki, w rozumieniu w art. 492 § 1 pkt 2 k.s.h., oznacza, że na nowo zawiązaną spółkę kapitałową przechodzi majątek wszystkich łączących się spółek za udziały lub akcje nowej spółki. Z chwilą połączenia spółka przejmowana albo spółki łączące się przez zawiązanie nowej spółki zostają rozwiązane (art. 493 § 1 k.s.h. *in principio*). Podobnie kwestie te reguluje § 2, 20 ust. 1 pkt 1-3 niemieckiej ustawy o przekształceniach zwanej UmwG⁵.

Od tak rozumianego połączenia należy odróżnić pojęcie fuzji z zakresu prawa kartelowego, które odnosi się do stanów faktycznych związanych z ochroną konkurencji, a w konsekwencji jest pojęciem szerszym, ponieważ obejmuje również nabycie istotnej części majątku jednego podmiotu przez drugi, przy czym prawna egzystencja danych przedsiębiorców pozostaje nienaruszona. W prawie niemieckim instytucja ta uregulowana jest w §37 ustawy kartelowej, zwanej GWB⁶ i oznacza wejście określonego podmiotu w struktury innego podmiotu, które tworzy relację prawną na linii spółka córka – spółka matka, a w konsekwencji wywołuje pod wieloma względami podobne skutki do połączenia. Z punktu widzenia prawa kolizyjnego instytucja ta podlega statutowi personalnemu spółki córki.⁷ Jeżeli zgodnie z tym

Wirtschaftsgemeinschaft, Mainz 1965, s. 23 i n., M. Lutter, *Europäisches Unternehmensrecht*, Berlin, New York 1996, s. 128 i n.

⁴ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037, ze zm.).

⁵ Umwandlungsgesetz z 28.10.1994 (BGBl. I S. 3210, 1995, 428).

⁶ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114).

⁷ H. Wiedemann, *op. cit.*, s. 877; H. G. Koppensteiner, *op. cit.*, s. 218; B. Grossfeld [w:] *op. cit.*, nb. 705.

statutem zastosowanie ma np. prawo niemieckie, to włączenie spółki prawa niemieckiego do spółki zagranicznej jest wyłączone z uwagi na brzmienie § 319 ustawy o spółkach akcyjnych, zwanej AktG⁸. *Ratio legis* takiej regulacji uzasadnione jest ochroną wierzycieli⁹. Jeżeli natomiast zastosowanie ma prawo obce to włączenie spółki zagranicznej w struktury spółki krajowej zostaje wyłączone najczęściej z tego względu, iż to prawo obce nie zna tej figury prawnej, a w konsekwencji takie zdarzenie stoi w sprzeczności ze statutem personalnym spółki podlegającej włączeniu.

Z punktu widzenia kolizyjnoprawnego znaczenie ma jedynie fuzja ponad granicami¹⁰. W literaturze podkreśla się, że pojęciem bardziej adekwatnym dla określenia takiego stanu rzeczy jest pojęcie fuzji transgranicznej aniżeli fuzji międzynarodowej, ponieważ w pierwszym przypadku bardziej wyrazisty jest cel połączenia¹¹. Należy przyjąć, że z fuzją transgraniczną mamy do czynienia wówczas, kiedy w danym stanie faktycznym dochodzi do przeniesienia masy majątkowej z jednego państwa do drugiego¹². W literaturze można jednak spotkać się z poglądem, iż tego rodzaju definicja w odniesieniu do fuzji transgranicznej nie jest w pełni trafna i adekwatna dla każdego przypadku¹³. Wskazuje się bowiem, że istotą fuzji transgranicznej jest zetknięcie się ze sobą dwóch lub więcej systemów prawnych, którym podlegają łączące się spółki, natomiast przeniesienie masy majątkowej za granicę nie jest elementem bezwzględnie koniecznym. Nie można się jednak zgodzić z tym stanowiskiem, ponieważ to właśnie przeniesienie majątku jest istotą każdej fuzji, w konsekwencji powinno stanowić punkt wyjścia dla każdego analizowanego przypadku. Dokonując stosownej kwantyfikacji, transgraniczność w przypadku fuzji musi zatem polegać na przeniesieniu tegoż majątku do innego państwa. Prawdą jest, iż w efekcie takiego działania dojdzie do

⁸ Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089).

⁹ H. G. Koppensteiner, *op. cit.*, s. 219; A. Lüderitz [w:] *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 10, Einführungsgesetz, H.T. Soergel [red.], Stuttgart 1996, nb. 53.

¹⁰ M. Ferid, *Internationales Privatrecht*, Frankfurt am Main 1986, nb. 5–67.

¹¹ H. Ficker, *Europäische Aktiengesellschaft und internationale Fusion* [w:] *Recht und Steuer der internationalen Unternehmensverbindungen*, M. Lutter [red.], Düsseldorf 1972, s. 220.

¹² A. Zabłocka, *Uprawnieni drugiej kategorii? Możliwość realizacji wolności przedsiębiorczości przez spółki w rozumieniu Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2002, nr 1-2, s. 125.

¹³ M. Szydło, *Transgraniczne łączenie się spółek kapitałowych na rynku wewnętrznym w Unii Europejskiej*, *Rejent* 2006, nr 12, s. 98.

zetknięcia się dwóch lub więcej porządków prawnych, gdzie każdy z nich będzie prawem właściwym miarodajnym dla oceny statusu osobowego każdej z łączących się spółek, jak też odpowiednio spółki nowozawiazanej. Tym niemniej wielość statutów personalnych, które z pewnością należy wziąć pod uwagę, jest skutkiem fuzji transgranicznej a nie jej istotą. Zwrócić uwagę przy tym należy, że podczas operacji międzynarodowego zbliżania się spółek może pojawić się problem kwalifikacji przy rozstrzyganiu, czy chodzi o fuzję, czy też o działanie innej natury.¹⁴

Ramy prawne dla transgranicznej fuzji spółek pojawiły się niedawno, ale tylko w odniesieniu do obszaru Unii Europejskiej w celu pełniejszego skorzystania z traktatowej swobody przedsiębiorczości uregulowanej w art. 43-48 TWE¹⁵. Kwestie te reguluje uchwalona w dniu 26 października 2005 r. Dziesiąta Dyrektywa 2005/56/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych¹⁶. Prawodawca europejski przyjmując wskazaną dyrektywę miał na względzie potrzebę współpracy i konsolidacji spółek kapitałowych podlegających prawu różnych państw członkowskich Unii Europejskiej, pokonanie licznych trudności w trakcie procedury łączeniowej oraz dążenie do pełniejszego funkcjonowania wspólnego rynku¹⁷.

Problematyka transgranicznego łączenia się spółek stała się przedmiotem postępowania przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości, którego efektem jest orzeczenie w sprawie *Sevic*¹⁸. W przedmiotowym stanie faktycznym chodziło o połączenie spółki przejmującej *Sevic System AG* z siedzibą

¹⁴ M. Menjucq, *op. cit.*, s. 217.

¹⁵ K. Oplustil, *Transgraniczna fuzja spółek w prawie europejskim i polskim*, [w:] *Węzłowe problemy prawa handlowego*, VI Ogólnopolski Zjazd Katedr Prawa Handlowego, Szczecin-Międzyzdroje 23-25 września 2007, s. 243.

¹⁶ Dz. Urz. WE L 310/1 z 25.11.2005 r., zwana dalej Dziesiątą Dyrektywą. Wcześniej kwestie te były przedmiotem negocjacji podczas opracowywania projektu konwencji dotyczącej fuzji transgranicznej z 1971 r.

¹⁷ Zob. P. Pinior, *Transgraniczne łączenie się spółek*, PPH 2007, nr 9, s. 4.

¹⁸ Orzeczenie ETS z 13 grudnia 2005 r. w sprawie C-411/03 *SEVIC System AG*, zb. orz. 2005, s. I-10805. W literaturze polskiej na ten temat zob. np. K. Oplustil, M. Spyra, *Transgraniczne przekształcenia spółek kapitałowych w świetle wyroku ETS oraz dyrektywy 2005/56/WE*, *Glosa do wyroku ETS w sprawie SEVIC System AG*, EPS 2006, nr 3, s. 52 i n.; M. Szydło, *op. cit.*, s. 109 i n.; K. Oplustil, *op. cit.*, s. 244 i n.; J. Napierała, *Transgraniczna fuzja spółek na przykładzie wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Sevic System*, PPH 2006, nr 5, s. 21.

w Niemczech ze spółką przejmowaną Security Visio Konzept S.A. z siedzibą w Luksemburgu. Niemiecki sąd rejonowy odmówił jednak rejestracji połączenia, ponieważ UmwG fuzję ogranicza wyłącznie do spółek z siedzibą w Niemczech, co tym samym wyłącza możliwość fuzji transgranicznej. Sąd okręgowy rozpatrując odwołanie zwrócił się do ETS z pytaniem prejudycjalnym co do zgodności niemieckiego prawa z traktatową swobodą przedsiębiorczości. Trybunał uznał, że transgraniczna fuzja spółek, podobnie jak i inne przekształcenia, wynikają z potrzeby współpracy i konsolidacji spółek mających siedziby w różnych państwach członkowskich, a w konsekwencji takie operacje są sposobem korzystania ze swobody przedsiębiorczości, określonej w art. 43 TWE. Dlatego też wszelkie regulacje prawa krajowego zawierające zakaz dokonywania fuzji transgranicznych stanowią nieproporcjonalne ograniczenie swobody prowadzenia działalności gospodarczej i jako takie są sprzeczne z postanowieniami TWE. Wprawdzie orzeczenie w przedmiotowej sprawie dotyczyło sytuacji, w której zakaz fuzji transgranicznej przewidziany był w statucie personalnym spółki przejmującej, to jednak analogicznie należałoby rozciągnąć przytoczone w orzeczeniu tezy także na przypadki zakazu fuzji transgranicznej przewidziane w statucie personalnym spółki przejmowanej¹⁹. Również w literaturze podkreśla się, że skoro możliwa jest dwustopniowa procedura fuzji transgranicznej, polegająca na tym, że w pierwszej fazie następuje transgraniczne przeniesienie siedziby spółki, a następnie fuzja ze spółką przynależną do tego samego systemu prawnego, to tym bardziej powinno być to możliwe *uno actu*²⁰.

W dyskusjach z zakresu prawa kolizyjnego dotyczącego transgranicznej fuzji spółek odrębnie analizowane są najczęściej dwa przypadki²¹, mianowicie punktem odniesienia jest okoliczność, czy spółka krajowa jest spółką przejmującą czy przejmowaną²². Podejście to znalazło swój wyraz w prawie

¹⁹ Tak też K. Oplustil, M. Spyra, *op. cit.*, s. 53-54.

²⁰ T. Drygała, *Ewolucja, stan obecny i perspektywy rozwoju europejskiego prawa spółek* [w:] *Europejskie prawo spółek, t. I, Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej*, M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka [red.], Zakamycze 2004, s. 44.

²¹ H. G. Koppensteiner, *op. cit.*, s. 258.

²² Nie uwzględnia się natomiast okoliczności, czy łączące się spółki związane są ze sobą koncernowo, aczkolwiek wskazuje się, że odróżnienie takie jest konieczne, ponieważ liczne systemy prawne przewidują w zakresie przedsiębiorców koncernowych regulacje szczególne, zob. P. Kindler, [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, t. 11, Internationales Wirtschaftsrecht Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, H. J. Sonnenberger [red.], München 2006, s. 305.

szwajcarskim, które stosunkowo szeroko reguluje przypadek transgranicznej fuzji spółek, w art. 163a IPRG²³ fuzję z zagranicy do Szwajcarii, zaś fuzję ze Szwajcarii za granicę w art. 163b IPRG, a tym samym w pewnym sensie regulacja ta może być potraktowana modelowo, w związku z czym wymaga omówienia²⁴.

Zgodnie z art. 163a ust. 1 IPRG szwajcarska spółka może przejąć spółkę zagraniczną (wehłonięcie – absorpcja imigracyjna) albo może się połączyć z nią tworząc nową spółkę szwajcarską (kombinacja imigracyjna), jeżeli prawo właściwe dla spółki zagranicznej na to pozwala i jego przesłanki są spełnione. W pozostałych przypadkach fuzja podlega prawu szwajcarskiemu (ust. 2). Mimo wąsko ujętej treści przepis ten obejmuje również przypadek połączenia dwóch spółek zagranicznych poprzez utworzenie nowej spółki szwajcarskiej²⁵. Przepis ten swym zakresem dotyczy wszelkich kwestii, które pojawiają się w związku z przebiegiem i skutkami prawnymi w zakresie fuzji w odniesieniu do praw wspólników, struktury oraz stosunków majątkowych. Na możliwość przeprowadzenia fuzji musi zezwalać statut spółki emigrującej a w konsekwencji muszą być spełnione przesłanki tam zawarte. Zatem ust. 1 wskazanego przepisu wspiera zastosowanie prawa obcego, aczkolwiek z ust. 2 wynika, że muszą być również spełnione przesłanki prawa szwajcarskiego. Nie oznacza to jednak, że zasadą jest właściwość prawa obcego, a prawo szwajcarskie znajdzie pomocnicze zastosowanie jedynie w kwestiach w nim

²³ Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291).

²⁴ Od statutu fuzji należy odróżnić statut umowy fuzji, przewidziany w art. 163c, zgodnie z którym umowa fuzji powinna odpowiadać bezwzględnie obowiązującym przepisom spółkowym praw właściwych dla obu spółek włączając w to przepisy o formie (ust. 1). Zatem zastosowanie znajdzie tu prawo wskazane w art. 163a bądź w art. 163b. Poza tym umowa fuzji podlega prawu wybranemu przez strony. Jeżeli strony nie dokonały wyboru prawa umowa fuzji podlega prawu państwa, z którym umowa ta pozostaje w najściślejszym związku. Domniemywa się że najściślejszy związek istnieje z państwem, którego porządkowi prawnemu podlega przejmująca spółka (ust. 2). Z punktu widzenia prawnego umowa fuzji ma charakter hybrydalny. Z jednej strony jest umową zobowiązaniową zawartą pomiędzy spółkami, z drugiej zaś instrumentem prawnospółkowym ukształtowanym w formie bezwzględnie obowiązujących przepisów wywołujących skutki wobec osób trzecich, które nie są stronami tejże umowy. Wskazany przepis uwzględnia ten dwojaki charakter i kończy tym samym nieustanne kontrowersje dotyczące wskazania prawa właściwego dla umowy fuzji. Zob. D. Girsberger, R. Rodriguez [w:] *Basler Kommentar Internationales Privatrecht*, H. Honsell, N.P. Vogt, A. Schnyder, S. Berti [red.], Basel 2007, s. 1321.

²⁵ F. Vischer, [w:] *Zürcher Kommentar zum IPRG*, D. Girsberger, A. Heini, M. Keller, J. Kren Kostkiewicz, K. Siehr, F. Visher, P. Volken [red.], Zürich, Basel, Genf 2004, nb. 3.

nie uregulowanych. Przeciwnie, przesłanki prawa obcego oraz szwajcarskiego muszą być spełnione kumulatywnie²⁶. Jeżeli jednak którakolwiek z tych przesłanek nie zostanie spełniona, a tym bardziej żaden z tych porządków prawnych fuzji imigracyjnej nie dopuszcza, wówczas zainteresowanym podmiotom pozostaje droga okrężna, najczęściej niekorzystna pod względem podatkowym. Zagraniczna spółka musi ulec likwidacji, a następnie powstać na nowo w państwie imigracji, aczkolwiek w praktyce częstsze są przypadki polegające na utworzeniu spółki w Szwajcarii, a następnie poprzez przeniesienie majątku uzyskanie statusu spółki matki. Wychodząc z założenia, iż zasadniczo w przypadku fuzji należy stosować prawo obce oraz szwajcarskie w sposób kumulatywny, należy zastrzec, że w razie konfliktu obce prawo powinno zawsze uzyskać pierwszeństwo wszędzie tam, gdzie nie są dotknięte interesy szwajcarskie²⁷. Stosując obce prawo, należy przy tym uwzględnić wszystkie te przepisy, których zastosowanie prawo spółki emigrującej uznaje za przesłankę ważności fuzji²⁸. Zgodnie z celem międzynarodowej zgodności rozstrzygnięć prawo obce należy uwzględnić w całości ze wszystkimi jego jawnymi i ukrytymi odesłaniami zwrotnymi oraz dalszymi, a także wziąć pod uwagę przepisy bezwzględnie obowiązujące²⁹. Natomiast tam, gdzie w zakresie regulacji norm obcych wskutek fuzji dotknięte są interesy szwajcarskie, względnie tam gdzie skuteczne istnienie spółki zgodnie z prawem szwajcarskim jest wątpliwe, oba systemy prawne muszą być stosowane kumulatywnie. Może mieć również miejsce taka sytuacja, że w odniesieniu do fuzji zastosowanie znajdują wyłącznie przepisy prawa szwajcarskiego, mianowicie w tych kwestiach, do których prawo obce w ogóle się nie odnosi, takich jak organizacja przejmującej spółki szwajcarskiej, ochrona jej wierzycieli i współników czy ochrona szwajcarskiego obrotu prawnego. Jeżeli natomiast prawo obce, z jakichś względów również wchodzi w zakres tych kwestii to trzeba je stosować kumulatywnie zgodnie z zasadą.

Z kolei zgodnie z art. 163 b ust. 1 IPRG spółka zagraniczna może przejąć spółkę szwajcarską (absorpcja emigracyjna) albo łącząc się z nią stworzyć

²⁶ B. Besenich, *Das neue Fusionsgesetz: internationale Aspekte*, Aktuelle Juristische Praxis 2004, s. 853; D. Girsberger, *Der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz) – Internationale Aspekte*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1998, s. 324.

²⁷ F. Vischer, [w:] *op. cit.*, nb. 9.

²⁸ F. Vischer, [w:] *op. cit.*, nb. 5.

²⁹ B. Besenich, *op. cit.*, s. 859; F. Vischer [w:] *op. cit.*, nb. 4.

nową zagraniczną spółkę (kombinacja emigracyjna), jeżeli spółka szwajcarska wykaże, że poprzez fuzję jej aktywa i pasywa przechodzą na spółkę zagraniczną i udziały albo prawa członkowskie w spółce zagranicznej pozostają odpowiednio zagwarantowane. Szwajcarska spółka ma obowiązek spełnić wszystkie przepisy prawa szwajcarskiego dotyczące spółki przenoszona (ust. 2). Ponadto przy planowanej fuzji należy publicznie w Szwajcarii wezwać wierzycieli do zgłaszania swoich wierzytelności wskazując na nadchodzącą fuzję. Artykuł 46 ustawy związkowej federalnej o fuzjach, podziałach, przekształceniach i przeniesieniu majątku znajduje odpowiednie zastosowanie (ust. 3). Zaś zgodnie z ust. 4 w pozostałych przypadkach fuzja podlega prawu zagranicznej spółki przejmującej. Wskazany przepis odnoszący się do fuzji emigracyjnej został uregulowany bardziej szczegółowo, aniżeli w przypadku fuzji imigracyjnej, co uzasadnione jest potrzebą ochrony szwajcarskich wierzycieli oraz współników, którym poprzez fuzję emigracyjną zostaje odebrany substrat odpowiedzialności szwajcarskiego podmiotu. Art. 163b IPRG składa się w istocie z kolizyjnoprawnej normy podstawowej zawartej, wbrew systemowemu umiejscowieniu, w ust. 4, uzupełnionej przez łącznik szczególnie zawarty w ust. 2 oraz przez samodzielne przesłanki wynikające z ust. 1 i 3³⁰. Z uwagi na art. 163b IPRG, pomijając materialnoprawne przesłanki określone w ust. 1 i 3, ogranicza zakres zastosowania prawa szwajcarskiego wyłącznie do spółki szwajcarskiej, prawo obce w odniesieniu do spółki przejmującej znajdzie zastosowanie zasadniczo bez ograniczeń³¹. Przyjmuje się, że prawo obce może mieć również zastosowanie do spółki szwajcarskiej, mianowicie w sytuacji, kiedy stosowanie odpowiednich przepisów prawa obcego stanowi przesłankę transgranicznej fuzji w świetle tego prawa, a w konsekwencji prawo szwajcarskie wskazane w ust. 2 znajdzie kumulatywne zastosowanie z prawem obcym wskazanym łącznikiem szczególnie z ust. 4³². Kolizyjnoprawne odwołanie się do statutu spółki przejmującej oraz jednocześnie do statutu spółki przejmowanej jest w dużym stopniu zbieżne z regulacją zawartą w Dziesiątej Dyrektywie. Wskazane w ust. 4 prawo obce nie może jednak wyprzeć norm prawa szwajcarskiego w odniesieniu do spółki szwajcarskiej oraz materialnoprawnych przesłanek przewidzianych w ust. 1 i 3. W takich

³⁰ D. Girsberger, R. Rodriguez, [w:] *op. cit.*, s. 1309.

³¹ Wyjątek będą stanowiły przepisy ogólne prawa prywatnego międzynarodowego, jak choćby przepisy wymuszające swoje zastosowanie, np. kartelowe czy dotyczące nadzoru finansowego.

³² D. Girsberger, R. Rodriguez, [w:] *op. cit.*, s. 1309.

przypadkach należy przestrzegać prawa bardziej rygorystycznego. Tam, gdzie wymogi obu wchodzących w grę systemów prawnych nie mogą być spełnione *uno actu*, odpowiedni proces należy przeprowadzić dwuetapowo. Wskazanie prawa obcego, którego uwzględnienie stanowi przesłankę ważności fuzji należy traktować całościowo, biorąc pod uwagę także wszelkie odesłania zwrotne i dalsze przewidziane w obcym statucie personalnym spółki, co może prowadzić do różnych konstelacji³³. W szczególności stosunkowo często zdarza się sytuacja, że w systemach prawnych, w których panuje teoria siedziby, zawarte jest odesłanie do prawa tego państwa, gdzie obowiązuje teoria powstania. Niejednokrotnie obcy statut personalny spółki odsyła zwrotnie tylko częściowo do prawa szwajcarskiego, a w konsekwencji w takich przypadkach zakres zastosowania prawa właściwego dla spółki przejmowanej ulegnie rozszerzeniu.

W literaturze stosunkowo często dopatruje się analogii pomiędzy transgraniczną fuzją a transgranicznym przeniesieniem siedziby³⁴. Wskazuje się, że problematyka prawna fuzji wykraczających poza granice jednego kraju opiera się na tej samej terminologii, co problematyka transgranicznego przeniesienia siedziby w kwestii, w jakiej fuzja powoduje zmiany w przynależności państwowej spółki oraz zmianę właściwości prawa, które zwykle absorbowane jest przez spółkę mającą siedzibę w innym państwie³⁵. Obie figury prawne należy jednak odróżnić i odgraniczyć od siebie. Pomijając okoliczność, że przeniesienie siedziby jest zdarzeniem stosunkowo łatwym do zrealizowania, istota fuzji transgranicznej polega na tym, że spółka podlegająca przejściu musi zrezygnować ze swojego bytu jeszcze w dotychczasowym państwie siedziby³⁶ a jej wspólnicy zobowiązani są do stania się współnikami spółki

³³ D. Girsberger, R. Rodriguez, [w:] *op. cit.*, s. 1310.

³⁴ W. Ries, *Rechtsformen für die grenzüberschreitende Unternehmenskonzentration in der EWG*, Frankfurt am Main, 1973, s. 18; H. Ficker, *op. cit.*, s. 220; B. Grossfeld [w:] *op. cit.*, nb. 690 i n.

³⁵ M. Menjucq, *op. cit.*, s. 216.

³⁶ R. Züllig, *Die internationale Fusion im schweizerischen Gesellschaftsrecht unter Berücksichtigung des deutschen und italienischen Recht*, Basel 1975, s. 102; G. Beitzke, *Internationalrechtliches zur Gesellschaftsfusion* [in:] *Probleme des Europäischen Recht. Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag*. E. von Caemmerer, H.-J. Schlochauer [red.], Frankfurt am Main 1966, s. 25; W. Müllhaupt, *Die grenzüberschreitende Fusion nach schweizerischem Recht*, Schweizerische Juristen-Zeitung 1980, s. 255; C. T. Ebenroth, O. Wilken, *Entwicklungstendenzen im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht*, cz. III, Juristen Zeitung 1991, s. 1119; P. Behrens [w:] *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit*

przejmującej³⁷. Natomiast, przy transgranicznym przeniesieniu siedziby spółka zamierza istnieć nadal godząc się na ewentualną zmianę statutu.³⁸ Ponadto w przypadku fuzji transgranicznej trudniej jest mówić o konflikcie mobilnym, ponieważ spółki przejmowane tracą swój byt, zaś spółka przejmująca funkcjonuje w oparciu o prawo dotychczas właściwe, bądź w przypadku spółki nowopowstałej w oparciu o prawo stosowane przed jej powstaniem. W konsekwencji w żadnym momencie spółka partycypująca w transgranicznej fuzji nie podlega jednocześnie dwóm porządkom prawnym³⁹.

Niezależnie od spornej natury umowy fuzji⁴⁰ w świetle dominującego w doktrynie stanowiska przyjmuje się, że prawem właściwym dla oceny fuzji transgranicznej jest statut personalny⁴¹. W tych okolicznościach w grę wchodzi prawo jednej ze spółek uczestniczących w fuzji, co dotyczy również kolizyjnego prawa koncernowego. Początkowo dominowała w tym względzie teoria jednego statutu, polegająca na tym, że prawem właściwym dla oceny transgranicznej fuzji jest albo prawo spółki przejmującej (teoria przejęcia) albo prawo spółki przejmowanej (teoria przeniesienia). Taka konstrukcja prowadzi jednak do poważnych trudności i to niezależnie od dyferencjacji na teorię przejęcia i przeniesienia.

W ramach teorii przejęcia wychodzono z założenia, że skoro fuzja transgraniczna ma na celu utworzenie nowej spółki lub rozszerzenie spółki przejmującej, zasadne jest poddanie całego procesu prawu spółki nowotworzonej lub przejmującej. Takie podejście skutkowałoby jednak tym, że cały proces fuzji podlegałby ocenie spółki przejmującej. Problematyczne w tym względzie jest wszakże to, iż obok utworzenia nowej spółki względnie przejęcia, do istoty fuzji należy to, że spółka przejmowana traci swój byt, a warunki utraty bytu w świetle obecnie ogólnie obowiązujących zasad międzynarodowego

beschränkter Haftung (GmbHG), *Großkommentar*, t. I, P. Ulmer, M. Habersack, M. Winter [red.], Tübingen 2005, nb. 125.

³⁷ P. Behrens, [w:] *op. cit.*, nb. 125.

³⁸ A. Lüderitz, [w:] *op. cit.*, nb. 53.

³⁹ Inaczej natomiast operacja fuzji będzie wyglądała z punktu widzenia współników, ponieważ ich sytuacja zostanie podporządkowana jednocześnie dwóm porządkom prawnym.

⁴⁰ Tak np. H. Dehmer, [w:] *Umwandlungsgesetz – Umwandlungssteuergesetz*, H. Dehmer, R. Ch. Stranz, R. Hörtnagl [red.], München 1996, nb. 4 i n.

⁴¹ H. G. Koppensteiner, *op. cit.*, s. 156, aczkolwiek należy podkreślić, że nie jest to określenie ścisłe o czym dalej. Zob. też G. Beitzke, *op. cit.*, s. 20; B. Grossfeld [w:] *op. cit.*, nb. 683 i n. Innego zdania jest R. Züllig, *op. cit.*, s. 105 i n., który stawia decydująco na naturę prawną umowy fuzji.

prawa spółek mogą wynikać tylko z jej statutu personalnego. Dlatego też teoria przejęcia nie znajduje uzasadnienia.

Podobne argumenty przemawiają przeciwko teorii przeniesienia. Wprawdzie przyjmuje ona za rozstrzygające, w przeciwieństwie do teorii przejęcia, prawo przejmowanej spółki, niemniej skutkiem takiego stanu rzeczy byłoby to, że z drugiej strony nie podlegałoby uwzględnieniu prawo przejmującej spółki. W przypadku tego rozwiązania zachowana byłaby pozycja prawna współników i wierzycieli stojących za przejmowaną spółką, niemniej nieuwzględnione byłyby interesy spółki przejmującej lub nowoutworzonej oraz stojących za nimi osób. Miarodajność teorii przeniesienia nie wynika również z traktatowej swobody przedsiębiorczości. System prawny miarodajny dla spółki przejmującej lub nowoutworzonej nie musi traktować do przedsiębiorstwa w drodze analogii zasad dotyczących przeniesienia siedziby zarządu. Wynika to już chociażby stąd, że z chwilą utraty bytu przez spółkę przejmowaną wygasa również jej prawo przedsiębiorczości. I odwrotnie swoboda przedsiębiorczości nie nakazuje dokonywania tego przekształcenia wedle obcego systemu prawnego⁴².

W świetle powyższego nie budzi zastrzeżeń, że wcześniejsze stanowisko orzecznictwa i dominującej doktryny⁴³, które uznaje przekształcenie transgraniczne za niedopuszczalne. Dopiero po przewyciężeniu tego stanowiska indywidualnego łącznika i związanych z nim problemów mogła być znaleziona tymczasowo droga do uznania fuzji transgranicznej. Taką metodę tworzy, zapoczątkowana przez Spindlera⁴⁴, a następnie skonkretyzowana przez Beitzke⁴⁵, teoria zjednoczenia, w świetle której określony łącznik uwzględnia prawo wszystkich spółek biorących udział w fuzji. Na modelu tym opiera się, co do zasady, rozwiązanie przyjęte w Dziesiątej Dyrektywie. Teoria zjednoczenia nie może być jednak pojmowana w rozumieniu nieograniczonej kumulacji dla fuzji przewidzianych w różnych systemach prawnych. Systemy prawne łączących się spółek przenikają się w ten sposób, że w zakresie wspólnych wymogów zasadniczo będzie miał zastosowanie system najbardziej rygory-

⁴² A. Engert, *op. cit.*, nb. 70 ze wskazaniem, że przy spółce przejmującej występuje również akt organizacyjny, a nie tylko zwyczajne nabycie majątku.

⁴³ P. Kindler, [w:] *op. cit.*, s. 305.

⁴⁴ J. Spindler, *Wanderungen gewerblicher Körperschaften von Staat zu Staat als Problem des internationalen Privatrechts*, Berlin 1932, s. 78 i n.

⁴⁵ G. Beitzke, *op. cit.*, s. 14 i n., który zarzuca wcześniej reprezentowaną przez niego jednostkową teorię.

styczny.⁴⁶ Zachowane muszą być bowiem wymagania wyższe jakościowo. W przypadku pojawienia się sprzecznych względem siebie norm należy odwołać się do kolizyjnoprawnego zabiegu dostosowania. Brak zróżnicowania w stosowaniu tej teorii miałby jednak tę wadę, że do fuzji transgranicznej zastosowanie znajdują różne po części nakładające się na siebie systemy prawne. Wówczas w każdym konkretnym przypadku należałoby badać, kiedy zastosowanie miałby ten albo inny system prawny. Ponadto nie można znaleźć ogólnie wiążącego kryterium wskazującego na to, który system prawny w konkretnym przypadku zawiera surowsze wymogi. Dlatego też teoria zjednoczenia nie była dotychczas prezentowana w czystej postaci. Już Beitzke⁴⁷ a w ślad za nim dominująca doktryna słusznie rozwinęła podejście różnicujące, które próbuje zapobiec wspomnianym trudnościom. W dalszym rozwoju tego podejścia należy odróżnić poszczególne etapy fuzji transgranicznej i jednocześnie poddać je oddzielnym łącznikom, mianowicie dotyczy to przesłanek, procedury oraz skutków fuzji transgranicznej.

Statutu fuzji transgranicznej nie należy w żadnym razie utożsamiać ze statutem personalnym spółek podlegających fuzji, gdyż w każdym przypadku chodzi o inny stan faktyczny, podlegający w konsekwencji innym zakresom regulacji. W pierwszym przypadku chodzi bowiem o sytuację dynamiczną determinującą pewien proces, w drugim zaś niejako o stan statyczny. Podobna zależność na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego występuje w obszarze stosunków z zakresu prawa rzeczowego, w szczególności chodzi o zmianę miejsca położenia rzeczy, która polega na tym, że rzecz zostaje przemieszczona z terytorium jednego państwa na drugi, wskutek czego dochodzi do zmiany powiązania przedmiotu prawa rzeczowego z określonym obszarem prawnym, przy czym zmiana miejsca położenia rzeczy dotyczy głównie ruchomości, i to przemieszczonej „na stałe”. Chodzi zatem o ocenę sytuacji w pewnym układzie statycznym, a nie dynamicznym, charakterystycznym dla rzeczy znajdujących się w transporcie. Przedmiot praw rzeczowych znajduje się w ruchu, czyli w układzie dynamicznym, w związku z czym nie ma możliwości wskazania rzeczywistego powiązania z którymkolwiek terytorium, przez które jest przemieszczany. Jednakże z chwilą dostarczenia rzeczy do miejsca przeznaczenia nastąpi „usztynienie” jej położenia w postaci ukła-

⁴⁶ Tak również H. G. Koppensteiner, *op. cit.*, s. 269; G. Beitzke, *op. cit.*, s. 23; H. Wiedemann, *op. cit.*, s. 871; A. Lüderitz, [w:] *op. cit.*, nb. 53.

⁴⁷ G. Beitzke, *op. cit.*, s. 14 i n.

du statycznego, co spowoduje zmianę kwalifikacji kolizyjnoprawnej. Tym niemniej, z drugiej strony i to porównanie nie oddaje różnicy między statutem personalnym spółki podlegającej fuzji a statutem samej fuzji, ponieważ w przytoczonym przykładzie dotyczącym zmiany położenia rzeczy chodzi o jeden i ten sam statut, statut rzeczowy, mimo iż zmianie ulega jego treść. Natomiast statut personalny przekształcanej spółki a statut fuzji to dwa różne statuty, aczkolwiek ich zawartość merytoryczna generowana określonym systemem prawnym może się w pewnym stopniu pokrywać, a w konsekwencji systemy prawne uwzględniane w ramach statutu transgranicznej fuzji będą jednocześnie prawem stojącym za statutem personalnym każdej z łączących się spółek.